

A GARANTIA

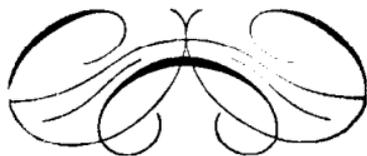
DOS

FUNCCIONARIOS ADMINISTRATIVOS

POR

A. M. DO COUTO MONTEIRO

AJUDANTE DO PROCURADOR GERAL DA CORÔA
JUNTO DO MINISTERIO DO REINO



LISBOA

TYPOGRAPHIA FRANCO-PORTUGUEZA

6 Rua do Thesouro Velho 6

1866

Lorsqu'une route légale n'est pas tracée pour soumettre tous les agents à l'accusation qu'ils peuvent tous mériter, la vaine apparence de la responsabilité n'est qu'un piège funeste à ceux qui seraient tentés d'y croire.

.....

Quant à la nécessité d'une permission de l'autorité, afin de poursuivre les agents de l'autorité, elle me frappe, je l'avoue, comme une telle pétition de principe, et un cercle tellement vicieux que je conçois à peine qu'on puisse l'admettre.

B. CONSTANT. \

Não ha em toda a nossa legislação administrativa, dispersa ou codificada, disposição que tenha sido objecto de mais repetidas e vigorosas contestações, do que o preceito que torna dependente d'auctorisação do governo o julgamento dos processos crimes ou civéis instaurados contra funcionarios administrativos por factos relativos ás suas funcções.

Ha trinta annos que a imprensa liberal de todo o reino não cessa de o combater com galhardia e denodo; e o famoso privilegio sempre a baldar-lhe os esforços oppondo, em vez de argumentos, a costumada e inerte resistencia do que é contra o que deve ser.

Da legislação franceza, de que foi por muito tempo disposição privativa, veio aquella absurdidade á nossa legislação, deixando de advertir os que a importaram que a um conjuncto accidental de circumstancias particulares devèra a França um systema que tantas vezes, sem fructo, tentou depois derribar.

Posto que alguns escriptores lhe attribuem o primitivo estabelecimento á Constituição consular de 1799, que no art. 75.º expressamente consagra esta grave excepção da lei commum, é certo que a sua verdadeira origem remonta um pouco mais longe: aos actos legislativos da *Assemblée Constituante*.

Assentando como pedra angular do edificio social, que construiu sobre as ruinas das antigas instituições, o principio salutar da completa separação dos poderes publicos, «idéa tão simples, tao claramente indicada pela natureza das coisas, mas que «tão tarde surgiu no espirito humano» ¹, procurou a *Assemblée Constituante*, como era natural, assegurar a inviolabilidade do novo dogma por meio de providencias adequadas.

Um dos mais temerosos adversarios de que a nova organização politica se podia arrecear era por certo

¹ Henrion de Pansey, De l'Autorité Jud. Intr. ch. 40.

a influencia e poderio dos antigos *parlamentos*. Estes corpos importantes, cuja missão principal consistira, em outras eras, na simples administração da justiça civil e criminal, protegidos e bafejados pelo favor da monarchia como auxiliares poderosos contra a enorme preponderancia do clero e da aristocracia feudal, vieram pelo decurso do tempo a conquistar tão exuberantes prerogativas, que asoberbando por ultimo a sua antiga aliada acabaram por constituir um poder novo, complexo heterogeneo e monstruoso de attribuições administrativas, judiciaes, e legislativas.¹ Era evidente e palpavel a sua incompatibilidade com as instituições nascentes; mas o receio de futuras demasias da parte dos tribunaes de justiça levou a *Assemblée Constituinte* mais longe do que era mister, confundindo nas suas apprehensões o que criava com o que havia destruido. Decretada a nova organização judicial prohibio, com graves penas, «que os juizes perturbassem de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, ou procedessem contra algum funcionario administrativo «por factos relativos ás suas funcções»², e orde-

¹ Vivien. Études Adm. Tom. 1 — ch. 1. — Block Diccion. Pol. Tom. 2 pag. 480 — Henrion de Pansey c. 1.

² Decretos de 16 — 24 Agosto 1790 — tit. 2 — art. 13 — e de 7 — 14 Outubro do mesmo anno.

nou que nenhuma accusação particular se podesse apresentar nos tribunaes contra *officiaes municipaes por delictos de administração* sem prévia auctorisação administrativa.¹

Continham estas providencias o germen do que depois se chamou a *garantia dos funcionarios administrativos*.

Mal pensariam talvez os seus auctores que tomando-as por sustentaculo da liberdade fundada na divisão dos poderes, forjavam o primeiro elo da cadeia que mais tarde a poderia agrilhoar.²

Assim como a excitação levantada pelo arbitrario desterro de Necker e o receio de novos attentados contra os *direitos da nação*³ impelliram a *Assemblée Constituante* a proclamar o principio da responsabilidade dos agentes do governo, da mesma sorte a impopularidade em que haviam caído

¹ Decreto de 14 de Dezembro de 1789 art. 61.º

² Veja-se Paul Boiteau no Dicc. Polit. de Block v. *responsabilité*.

Cormenin é mais severo na apreciação d'estes actos da *Assemblée Constituante*: accusa-a de ter criado e dotado de amplas faculdades a auctoridade administrativa menos como garantia da liberdade do que como instrumento docil de que se dispunha a usar nas usurpações que meditava; de ter deixado os juizes sem a força necessaria para proteger as pessoas e bens dos cidadãos. «É para notar, diz elle, que estas illimitadas garantias concedidas aos agentes do governo, estes poderes extraordinarios, sem termo, sem medida, sem responsabilidade, estas invenções em fim do despotismo se encontram nas constituições republicanas de 1791 e do anno III.» (Quest. de droit adm. v. Mise en jugement.)

³ Decreto de 13 de Julho de 1789.

os *parlamentos*, e o temor de que os tribunaes seus successores um dia os imitassem nos excessos, fizeram logo inscrever junto d'esse principio salutar a excepção que o enfraquece, que o póde inteiramente aniquilar.

Apprehensões encontradas, sobresaltos, e hesitações proprias de uma época de transformação social dictaram quasi a um tempo a lei geral providente, e o privilegio arriscado.

Veio depois a Constituição de 3 de setembro de 1791, que vedando aos tribunaes o exercicio de funções legislativas, e designadamente a faculdade de *suspender a execução das leis*, faculdade que os antigos *parlamentos* se haviam a pouco e pouco arrogado por meio da recusa do registo, que n'esse tempo equivalia á sua promulgação, repetio a prohibição dos juizes se ingerirem nas funções administrativas, bem como a de processarem os agentes do poder por factos relativos ás suas funções¹.

Seguiu a mesma doutrina a Constituição do anno III, ou de 22 de Agosto de 1795, no art. 203.º

Finalmente a Constituição do anno VIII, promulgada a 15 de Dezembro de 1799, alargando consideravelmente a esphera das attribuições do poder executivo, e regulando n'um titulo especial a *respon-*

¹ Cit. Const. tit. 3.º, Cap. v, art. 3.º

sabilidade dos funcionarios publicos, estatuo, no art. 75.º, que os agentes do governo não podessem ser perseguidos ou demandados por factos relativos ás suas funcções sem prévia *decisão do Conselho de Estado* criado pela mesma lei politica.

A Constituição do anno VIII, cedeu o logar á Carta de 1814; mas o art. 75.º conseguiu sobreviver-lhe ficando por este modo definitivamente estabelecido em França o systema da prévia auctorisacção ¹.

Incessantes e geraes clamores levaram Napoleão a prometter no Acto addicional ás Constituições do Imperio, publicado em 22 de Abril de 1815, a modificação d'aquelle artigo. Esta promessa contudo não chegou a realisar-se.

Durante a *Restauração* ainda os brados da opinião publica arrancaram ao governo de Luiz XVIII a lei de 28 de Agosto de 1816, que permittiu a accusação dos propostos e empregados das contribuições directas sem prévia auctorisacção, o que de-

¹ Henrion de Pansey (*Traité du pouvoir municipal*, pag. 59, Toullier, (*Droit Civil*, Fr. n.º 225) e varios outros juriconsultos e publicistas sustentaram vigorosamente que aquelle artigo caducara com a Constituição de que fazia parte e com a mudança das attribuições do Conselho de Estado, que ficou sendo simplesmente um corpo *consultivo*. Deu-se porém outros a opinião contraria fundados em que o art. 75.º nada mais fizera do que aceitar os principios da *Assemblée Constituante*, e foi esta a opinião que triunfou no tribunal de *cassação*, e no Conselho de Estado.

pois se ampliou nas leis annuaes de receita aos exactores que extorquissem contribuições illegaes. Mas o art. 75.º continuou sempre em vigor.

O governo de Luiz Filippe obtemperando ás reiteradas exigencias do paiz tentou realisar a promessa consignada no art. 69.º da Carta Constitucional de 1830, de prover sobre a *responsabilidade dos ministros e agentes do poder por uma lei especial*. Formulado e apresntado ás côrtes o competente projecto parecia ter soado a hora derradeira para a iniqua disposição que Tracy já dizia *sepultada sob as pedras das barricadas*. Combatido na sessão legislativa de 1835 pela palavra eloquente de Odilon Barrot, de Golbéry, de Dufaure, e de Isambert, mas defendido por outros oradores de igual credito e influencia parlamentar, entre os quaes sobresaira Vivien, o art. 75.º da Constituição do anno VIII ganhou por ultimo a palma de uma victoria decisiva. O projecto do Governo não foi convertido em lei.

A revolução de 1848 arcou ainda com o arraigado privilegio. Proclamou-se na Constituição de 4 de Novembro a responsabilidade do presidente da republica, a dos ministros, agentes, e depositarios da auctoridade publica; mas os acontecimentos politicos que em breve sobrevieram impediram a promulgação das leis organicas de que ficara dependente a execução d'este principio.

Finalmente a legislação franceza publicada depois de 1852 manteve em pleno vigor o art. 75.º fazendo ainda retroceder a questão da responsabilidade para além dos ultimos tempos da monarchia constitucional. Gosam hoje n'aquelle paiz os funcionarios administrativos da maxima protecção que jámais tiveram. Até o artigo da lei eleitoral de 1849, que permittia accusal-os, sem licença, por crimes eleitoraes, desapareceu ante o Decreto de 2 de Fevereiro de 1852.

É esta em resumo a historia da chamada garantia dos funcionarios administrativos, constante e inexgotavel thema das mais vivas controversias desde a sua criação até ao presente.

II

A deploravel tendencia que de ordinario nos arrasta a imitar os estranhos n'aquillo mesmo em que não raro lhes poderiamos dar exemplos, e a implantar no paiz, sem prévio exame, instituições e leis estranhas muitas vezes incompativeis ou em cabal desharmonia com a indole, costumes, e leis patrias, fez-se ainda uma vez sentir na desastrada importação do systema francez da garantia aggravando-lhe os defeitos a incuria da traducção.

O Decreto n.º 23 de 16 de Maio de 1832, que de accordo com o principio da divisão dos poderes consagrado na Carta Constitucional, estabelecera entre nós o regimen administrativo, apesar de mo-

delado pela legislação franceza ¹ a ponto de a mandar observar em alguns casos como legislação subsidiaria ², não a seguira contudo na especie de que tratamos.

O complexo das suas disposições, o pensamento geral que as domina, o luminoso relatorio que as precede proclamando como regra impreterivel que nenhuma auctoridade *administrativa ou judicial pode sobrestar na acção da outra nem pôr-lhe embaraço algum*, facilmente persuadem que o silencio do legislador n'aquelle ponto fôra, sem sombra de duvida, intencional e calculado.

É no decreto de 18 de Julho de 1835, que de novo organisou a administração do paiz segundo as bases fixadas na lei de 25 de Abril do mesmo anno, que pela primeira vez apparece a garantia dos funcionarios administrativos concebida n'estes termos:

«Artigo 87.º Nenhum magistrado administrativo «pode ser perturbado pela auctoridade judiciaria «nos seus actos de administração, nem ser citado «perante as justiças por factos relativos ás suas «funções sem auctorisação prévia do governo.»

«Artigo 88.º Os magistrados administrativos não «podem ser demandados civil nem criminalmente

¹ Veja-se o relatorio do Decreto.

² Art. 38.º § 2.º

«por factos relativos ás suas funcções sem auctori-
sação do governo. Exceptuam-se os crimes e de-
lictos relativos ao registo civil.»

Não é licito contestar que o governo inserindo no Decreto estas importantes prescripções das leis francezas exorbitou das faculdades que lhe dava a lei de 25 de Abril, a qual sómente o auctorisava a «fazer provisoriamente a divisão administrativa do reino e os regulamentos indispensaveis para a sua execução. Ninguém sustentará por certo que os dois citados artigos dizem respeito á divisão do reino.

Foi o primeiro quasi litteralmente traduzido do Decreto de 16-24 de Agosto de 1790, tit. II, art. 13.^o e o segundo imitado do art. 75.^o da Constituição do anno VIII^o, sem comtudo se advertir que n'este artigo se resumem e compendiam as disposições anteriores sobre o assumpto. D'aqui veio a redundancia que se nota no art. 88.^o, inteiramente superfluo depois da ultima parte do precedente. O que não pode ser *citado* não pode ser *demandado civil ou criminalmente*. Sem citação não ha demanda.

¹ «Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.»

² «Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État.»

Que motivos levariam o governo a exceder a sua missão enxertando nas nossas leis um principio de contestada e problematica utilidade na propria terra que o vio nascer? Seriam taes os excessos dos tribunaes judiciaes depois da sua reforma, decretada tres annos antes, que se tornasse indispensavel em nome da ordem publica e da independencia dos poderes adoptar contra elles as providencias suggeridas á *Assembléa Constituinte* pelas demasias dos antigos *parlamentos*? Não existem documentos que o attemem. Abundam pelo contrario medidas d'aquella época tendentes a cohibir as invasões da auctoridade administrativa no campo das attribuições judiciaes¹.

Na transição das antigas para as actuaes instituições, na criação da nova auctoridade administrativa independente da judicial, no descriminar de jurisdicções anteriormente confundidas e baralhadas a ponto de ser difficil distinguir *«o que podia fazer um general ou um juiz, um ecclesiastico ou um capitão mór»*², ao sair finalmente de uma época em que Portugal era um povo de juizes³ talvez fossem desculpaveis os receios de que a

¹ Sirvam de exemplo as Portarias de 7 de Março de 1835, 23 de Abril e 6 de Julho 1836.

² Relatorio do Decreto n.º 23.

³ Ibid.

sombra do extinto *Juiz de Fóra* fizesse ás vezes desmaiar o recém-nado *Provedor*, se todo o quinhão de arbitrio de que gosara o finado se não tivesse transmittido ao seu principal herdeiro. Esses receios comtudo não poderam entrar no animo arrojado de Mousinho da Silveira, que apesar de tomar por base da sua reforma a legislação franceza, como elle proprio confessa, não teve por necessario imital-a n'esta parte para assegurar a duração da sua obra.

É provavel que o resultado da discussão pouco antes terminada nas camaras francezas, e a que já nos referimos, actuasse no espirito esclarecido do estadista que referendou o Decreto de 18 de Julho de 1835, encarecendo-lhe a excellencia de um systema que acabava de sair victorioso em porfiada lucta de gigantes.

Plantada enfim n'esta terra a arvore da impunidade administrativa, não é muito de estranhar que os governos nas reformas posteriores em lugar de a deceparem procurassem tornal-a mais frondosa.

O Codigo Administrativo de 31 de Dezembro de 1836 reproduzindo quasi textualmente¹ as disposições dos artigos 87.º e 88.º do Decreto de 18 de

¹ Nos artigos 214.º a 216.º

Julho additou-as com a expressa prohibição dos magistrados administrativos se intrometterem nos actos judiciaes, recommendando áquellas auctoridades o *maior cuidado em evitarem conflictos de jurisdicção* com o poder judicial. Parece que Manuel da Silva Passos não receava menos, e com razão, os excessos da auctoridade administrativa que os do poder judicial.

Decorridos apenas quatro annos foi o governo de novo auctorizado pelo art. 45.º da lei de 29 de Outubro de 1840 a *mandar proceder a uma nova redacção* do Codigo de 1836 de accordo com as profundas alterações que aquella lei introduzira no anterior systema administrativo, tarefa que o governo desempenhou publicando o actual Codigo Administrativo, datado de 18 de Março de 1842. Sobre o assumpto de que nos occupamos proveu este ultimo Codigo pela seguinte maneira :

«Artigo 357.º Os magistrados ou funcionarios «administrativos não podem ser demandados civil «nem criminalmente por factos relativos ás suas «funções sem auctorisação prévia do governo.»

É de notar n'este artigo — 1.º a eliminação dos preceitos coercitivos das invasões das auctoridades administrativas na esphera da auctoridade judicial : 2.º a exorbitante e illegal ampliação da garantia dos *magistrados aos funcionarios administrativos*. A mis-

são delegada no governo pelo poder legislativo reduzia-se exclusivamente a coordenar e *redigir* as prescripções do novo Código de modo que com as do anterior não revogadas ficassem constituindo um todo harmonico. Ninguém dirá certamente que a inovação apontada seja apenas de *redacção*; importa preceito novo, gravissimo, e não auctorisado.

O corpo legislativo, que de ordinario entre nós não pecca por excessivamente cioso das proprias attribuições e prerogativas, deixou passar sem reparo mais esta violação flagrante dos principios que regulam a execução e alcance dos seus actos. Longos annos de inalteravel silencio parlamentar, mau grado aos brados da imprensa, vieram prestar-lhe ainda a sancção e auctoridade que só compete aos actos regulares. Approvado porém em Julho de 1853 o actual Código Penal que nos artigos 301.º § 3.º e 302.º § 1.º commina a suspensão ou demissão, segundo as circumstancias, contra os juizes que procedem civil ou criminalmente sem prévia auctorisação contra *algum empregado administrativo por crime commettido no exercicio de suas funcções depois da reclamação do mesmo empregado ou da superior auctoridade administrativa*, pode-se considerar sanada, ainda que tarde, a illegalidade da adopção da garantia e da sua posterior ampliação. Estes ar-

tigos do Código tomam como direito constituido o principio da prévia auctorisação, e assentam n'elle as suas prescripções.

III

Na discussão agitada, ha perto de setenta annos, entre os mais notaveis publicistas francezes sobre os resultados praticos do systema de que nos occupamos, ha um ponto capital em que todos estão de accordo: em considerar o assumpto intimamente ligado com a doutrina constitucional da divisão dos poderes. E de feito, ou se affirme que a garantia é uma consequencia necessaria d'este dogma do systema representativo, porque tende a manter a independencia e liberdade dos agentes da administração, ou se sustente que o contraria e offende, porque restringe e coarcta a acção do poder judicial, a questão é sempre de *limites e attribuições* dos poderes politicos, e por tanto sobre

um ponto essencialmente *constitucional*, que só pôde ser regulado no código politico. D'ahi veio que tanto a França estabelecendo, como a Belgica repellindo o principio da auctorisação prévia o fizeram expressamente nas respectivas *constituições*, e é por isso que áquelle privilegio dão geralmente os escriptores o nome de *garantia constitucional*.

Assentada esta doutrina, e não contendo a lei fundamental do Estado, que no art. 144.^o expressamente a sanciona, disposição que auctorisasse directa ou virtualmente o systema da garantia, é obvio que a introdução d'esse systema, como excepção aos principios n'ella consagrados, dependia essencialmente da reforma da mesma lei, observados os tramites marcados nos seus artigos 120.^o e seguintes. Nem o poder executivo, nem o corpo legislativo sem poderes especiaes o podiam legalmente estabelecer.

Os dogmas fundamentaes da Carta condemnam

¹ A garantia dos agentes do governo sómente existiu na Belgica em quanto este paiz esteve unido á França. Formando depois com a Hollanda em 1814 o reino dos Paizes Baixos e proclamada a lei fundamental de novo Estado, declarou-se por Decreto de 4 de Fevereiro de 1816 que o principio da legislação franceza a que nos referimos cessara de ter vigor. Constituida finalmente a Belgica em reino separado e independente, consignou-se na sua actual constituição a disposição seguinte: «Nenhuma auctorisação prévia é necessaria para proceder contra os funcionarios publicos por factos relativos ás suas funcções, salvo o que está estabelecido a respeito dos ministros.»

visivelmente aquella immunitade administrativa. Consagrando no art. 10.º a divisão dos poderes como o *principio conservador dos direitos dos cidadãos e o meio mais seguro de fazer effectivas as garantias que offerece* firma depois no art. 118.º a independencia do poder judicial, acrescentando no art. 145.º § 11.º «*que nenhuma auctoridade poderá avocar as causas pendentes, sustal-as ou fazer «reviver processos findos.»*

Proclamando no § 27.º do mesmo artigo o principio da responsabilidade dos empregados publicos pelos abusos e omissões praticadas no *exercício de suas funcções* confere a todo o cidadão, no § 28.º, o direito de requerer á *auctoridade competente* que a imponha aos *infractores*. Pode acaso coexistir com estes salutaes principios a perigosa regalia dos agentes do governo?

Dar ao poder executivo a faculdade de conhecer da procedencia e fundamentos dos despachos contra elles proferidos, não será por ventura conceder-lhe attribuições privativas do poder judicial?

Attribuir ao governo o direito de obstar ao andamento dos processos em que são demandados civil ou criminalmente funcionarios administrativos não será auctoral-o a *sustar causas pendentes*?

Permittir-lhe que por este modo evite o julgamento de funcionarios processados por abusos

commettidos no exercicio de suas funções, não será fornecer-lhe um meio facil de reduzir a letra morta um dos mais justos preceitos da lei fundamental do Estado, de substituir a impunidade á responsabilidade, de converter em pura decepção o direito conferido aos cidadãos de promover o castigo dos funcionarios delinquentes?

Ninguem pode contestal-o, nem portanto pôr em duvida a antinomia que existe entre a Carta e o Codigo Administrativo.

IV

A evidente inconstitucionalidade do preceito de que nos occupamos com ser motivo sobejo para a sua revogação, está longe de ser unico. Discutamol-o e veremos que não ha razão plausivel que o sustente, nem meio algum effcaz que lhe remova os defeitos.

As differentes considerações com que os seus mais notaveis defensores costumam encarecer-lhe a excellencia, facilmente se resumem nas proposições seguintes :

Que é preciso proteger os funcionarios administrativos contra os odios e malquerenças que o cumprimento de seus deveres muitas vezes lhes suscita, a fim de que se não vejam a cada instan-

te obrigados a interromper as suas funcções, com grave prejuizo da administração, para irem perante os tribunaes defender-se de accusações injustas e até de crimes imaginarios.

Que sem esta protecção o receio de verem com frequencia os seus actos submettidos a discussões publicas e apaixonadas poderia quebrantar-lhes a necessaria energia.

Que muitas vezes o acto que serve de base á queixa, pode ter sido ordenado pelo superior legitimo do funcionario, e é por tanto mister verificar a qual d'elles pertence a responsabilidade.¹

Que só a administração é competente para apreciar os actos de seus agentes, porque «só ella conhece os deveres e necessidades de cada serviço.»²

Que fóra inutil vedar aos tribunaes o conhecer dos actos da administração, se acaso se lhes deixasse a faculdade de julgar os seus agentes: condemnando as pessoas viriam a condemnar os actos paralygando a acção administrativa pelo receio inspirado aos que a exercitam.³

Que finalmente sem a garantia, a auctoridade

¹ Dalloz — Répert. de Législ. Tom. 32, pag. 287, n.º 19.

² Colmeiro — Derecho Administrativo Español, n.º 150.

³ Foucart — Éléments de Droit Publ. et Adm., Tom. 1 n.º 172.

administrativa ficava inteiramente *abandonada á oppressão e tyrannia do poder judicial.*¹

Todos estes argumentos, tantas vezes repetidos sob fórmãs mais ou menos variadas, mas sempre em essencia os mesmos, perdem á luz da analyse a solidez apparente.

É possível, não o negamos, que os actos da auctoridade administrativa no exercicio da sua missão complexa e espinhosa suscitem uma ou outra vez infundados resentimentos pessoaes; porém não é razoavel admittir a possibilidade de que todos se traduzam em processos judiciaes de tal modo que os funcionarios administrativos se vejam injustamente condemnados a uma incommoda e constante peregrinação pelas salas dos tribunaes. — Vae de um despeito a um processo distancia consideravel e muitas vezes invencivel. — Demais se o acto é justo e legal de uma parte o favor da opinião publica, e a força da auctoridade, da outra parte o receio do mau exito de pleitos dispendiosos e malvistas tornam esses procedimentos extremamente improvaveis. O que a experiencia diaria não cessa de demonstrar-nos é que um numero avultado de factos irregulares, e ás vezes criminosos,

¹ Oufour — *Traité Gen. de Droit Adm.*, Tom. vi n.º 414 — Mangin. *Traité de l'Action Publ.* Tom. II n.º 241.

dos agentes da auctoridade escapam á merecida correcção por falta de quem ouse promover-lha.

O funcçionario digno de o ser, que cumpre religiosamente os seus deveres, que não transpõe os limites que a lei traçou á sua auctoridade procedendo invariavelmente com inteira consciencia da justiça dos seus actos nada tem que recear de malquerenças individuaes escondidas nas folhas de um processo.

Diz-se, é verdade, que nenhum funcçionario está seguro contra a eventualidade de ser victima de imputações calumniosas, que, apoiadas em testemunhos falsos, consigam illudir a boa fé do juiz mais circumspecto. Se este argumento fundado n'uma hypothese improvavel pode ter algum alcance vae de certo muito além do que se quer: accusa a necessidade de estender a garantia ainda aos actos estranhos ao exercicio das funcções administrativas, de tornar *sempre* dependente da licença do governo o andamento dos processos, em que forem demandados os seus agentes.

A supposta conveniencia de obstar á discussão judicial dos actos do funcçionalismo administrativo para que o receio d'ella lhe não affrouxe a energia não é razão que se allegue n'um paiz constitucional.— Os actos legaes e justos ganham com ella mais força: quanto aos outros seria escandalo in-

util pretender justifical-os por meio de um silencio decretado. Se a discussão arrefece o zelo administrativo não é remedio efficaz evital-a nos tribunaes: é forçoso proscreevel-a principalmente da imprensa aonde a maior publicidade lhe centuplica a importancia.

Não damos maior peso ao argumento tirado da necessidade de averiguar se o acto foi ordenado pelo superior hierarchico do funcionario que o praticou. A hypothese está prevista na legislação penal ¹. Se o funcionario demandado prova essa circumstancia desaparece a sua responsabilidade, e fica subsistindo a de quem lhe ordenou o acto incriminado. O que não pode admittir-se sem grave compromettimento dos mais vitaes interesses sociaes é um systema que conduz á completa impunidade de actos criminosos só porque são ou se *presumem* praticados por *ordem superior*. O Estado, diz com razão Tielemans ², não carece de crimes ou delictos para se governar: o poder central tem tanto direito a commettel-os como a mandal-os praticar, e por tanto tambem não pode ter a faculdade de os relevar aos seus agentes.

Alguns dos mais fervorosos apóstolos da garan-

¹ Cod. Pen. art. 298.º

² Répert. de l'adm. et du droit adm. de la Belgique v. Garantie des fonct. publ.

tia partindo de que os funcionarios administrativos procedem sempre em nome do governo no exercicio de suas funcções concluem que só este é responsavel pelos actos d'elles glorificando um systema que faz subir a imputação d'esses actos do *instrumento passivo*, á *vontade que fez mover o automato!* ¹ D'este modo, dizem elles, está seguro o principio da responsabilidade do governo por lhe caber a *faculdade de se apropriar dos actos dos seus subordinados.* ² Ou o governo recusa a auctorisação e salvando o funcionario assume a responsabilidade do facto que dá logar ao processo, ou pelo contrario a outhorga, e aquelle que o praticou fica entregue aos tribunaes ³. Ha em ambas as hypothesses quem responda pelo acto incriminado: na primeira o funcionario; e na segunda o governo.

A singela exposição de um tal systema é a sua mais completa refutação. Por um lado reduz os funcionarios administrativos á ignobil condicção de *instrumentos passivos, cegos, inintelligentes* da vontade suprema do governo, o que fôra convertêl-os na praga mais devastadora de quantas tem vexado o mundo se tão absurda theoria podesse passar de um sonho irrealisavel; admitte por ou-

¹ Serrigny. Questions de Droit Adm. pag. 40.

² Cabantous — Répétitions Écrites sur le Droit Publ. et Adm. n.º 734.

³ Serrigny. Traité de l'Organ. Adm. n.º 403.

tro lado como um acto de justiça ministerial a entrega d'esses *automatos* ao rigor dos tribunaes para serem castigados por factos, em que lhes não cabe, segundo aquella doutrina, a menor imputação!

Negam outros escriptores, egualmente partidarios da prévia auctorisação, que a recusa d'esta *graca* tenha por unico effeito deslocar a responsabilidade elevando-a até ao governo, e sustentam que o seu *definitivo e inevitavel resultado é pôr termo a qual-quer procedimento* que tome por base os factos arguidos. «Estes factos, diz Dufour ¹, subtrahidos ao «conhecimento dos tribunaes pela recusa da aucto-
«**r**isação não são factos de que o ministro assuma
«a responsabilidade e dos quaes se promptifique
«a dar conta pessoalmente: são factos desde logo
«collocados sob a protecção de um irrevogavel de-
«creto de impunidade.» ²

Eis aqui como entre si divergem os sectarios do systema que impugnamos. Querem uns que por elle se devolva ao governo a inteira responsabilidade dos actos praticados pelos seus subordinados, e apresentam-no ao paiz pronunciando arrogante o *me adsum qui feci*; ³ outros querem que o exercicio d'aquella exorbitante faculdade extinga

¹ Traité Gen. de Droit Adm. Tom. vi. n.º 418.

² Monnier chamava com razão á garantia *brevet d'impunité*.

³ Expressões de Serrigny.

todo o processo, e com elle a responsabilidade do facto que o motivara. Já notamos o absurdo da primeira opinião: se é verdadeira a segunda está perdido o systema que admitte a existencia de factos criminosos, pelos quaes ninguem pode ser coagido a responder.

Concedamos todavia que o governo denegando a licença reclamada para a accusação dos seus agentes assume effectivamente a responsabilidade dos actos d'elles. Que lucrará com isso na maxima parte dos casos a justiça ou a moral? Quem terá a ingenuidade de acreditar na utilidade pratica d'essa ascenção de responsabilidade pelos differentes degraus da hierarchia administrativa desde o infimo agente do-governo até ao ministro do reino? E não seria inconvenientissimo converter a cada passo em graves questões politicas os mais simples negocios de pura administração de justiça?

«A responsabilidade dos funcionarios publicos só pode ser efficaz quando é directa e pessoal. Quanto mais sobe mais se enfraquece. É por isso que a responsabilidade dos ministros *nunca deve absorver a dos agentes subalternos da administração*: não ha probabilidade de que um cidadão possa obter justiça quando esta depender de uma mudança de ministerio.»¹

¹ Dareste — La Justice Adm. en France — pag. 201.

Houve um imperador romano que illudindo grosseiramente o principio da publicação das leis fez affixar uma iniqua lei fiscal, escripta em letra miudissima, n'um logar tão elevado que não podesse ser lida, a fim de que a ninguem aproveitasse o pagamento do imposto no praso determinado.¹

Sofismam, como Caligula, o principio da responsabilidade os que a collocam tão alto que ninguem pode colher-lhe os fructos promettidos

A doutrina que attribue ao poder executivo a exclusiva competencia para avaliar os actos dos seus agentes a titulo de que só elle conhece os *deveres e necessidades de cada serviço* procederá muito embora nas relações dos funcionarios para com o governo, mas é de certo inapplicavel ao ponto controvertido. A organização dos diversos ramos do serviço publico, as attribuições legaes de cada funcionario, os principios geraes d'administração a que é mister recorrer na execução das leis administrativas não são assumptos vedados, como os mysterios d'Eleusis, ao conhecimento dos profanos.

É preciso não confundir os actos propriamente administrativos, os que derivam legalmente da missão confiada ao funcionario, com aquelles que

¹ Suetonio. Cal. 41.

constituem abuso d'essa missão. São estranhos os primeiros á competencia dos tribunaes de justiça que os não podem annullar nem modificar, e é n'isto que consiste a independencia administrativa: os segundos, como offensas da legislação penal, são por sua natureza objecto da acção livre e independente do poder judicial.

É portanto insustentavel a asserção de que os juizes condemnando os funcionarios administrativos vem tambem a condemnar actos *d'administração*. Se esta doutrina fosse verdadeira alcançaria mais longe do que os seus fautores pretendem: levava á incompetencia *absoluta* dos tribunaes, que nem com prévia licença do governo poderiam, sem offensa do principio fundamental da divisão dos poderes, tomar conhecimento de taes actos. «Conhecer d'um *crime* ou delicto, observa Tielemans, ' não é entrar na apreciação d'um *acto administrativo*: «é considerar um facto nas suas relações com a lei penal, o que constitue a verdadeira missão «dos tribunaes.»

Encaremos finalmente o temeroso argumento que tem por base os receios da *oppressão e tyrannia judicial*! Coevo da extincção dos *parlamentos* é este o pavoroso baluarte, em que ainda hoje mais parecem con-

¹ Cit. Répert.

fiar os publicistas francezes defensores da garantia; e com tudo a cordura e circumspeccão dos tribunaes do seu paiz d'ha muito lhe minou os alicerces.

Custa a crer que abalisados escriptores, a quem fôra injustiça attribuir conhecimento imperfeito da indole, missão, e fórma de proceder do poder judicial, nutram sérias apprehensões de que elle venha, abolida a garantia, a *dominar*, e *opprimir* a auctoridade administrativa!

Privado d'iniciativa, adstricto á rigorosa observancia de formulas determinadas, destituído de toda a auctoridade descricionaria, e procedendo unicamente quando é chamado a exercer as suas funcções, em que poderão temel-o os agentes do poder executivo? Não serão aliás justificados todos os receios de que este ultimo poder, abusando dos variados e fortissimos recursos de que dispõe, *domine*, *opprima*, ou *tyrannise* o corpo judicial?

Lêmos com pasmo em Colmeiro² que «abrogada esta garantia *todos os agentes administrativos seriam continas* da sua obediencia, e ficariam expostos ás exclamações mais insensatas, e á susceptibilidade «dos tribunaes.» Tão longe nunca chegaram as

¹ Veja-se Vivien. *Études Adm.* Tom. 1 pag 28.

² *Derecho Administrativo Español* n.º 150.

exaggerações dos publicistas francezes mais ardentes defensores das regalias administrativas.

Existirá realmente na nação visinha este medonho antagonismo entre as auctoridades judiciaes e administrativas? Será dar idéa exacta da magistratura hespanhola figural-a d'este modo uma alcatéa de fêras prestes a precipitar-se sobre o imbelles rebanho administrativo, apenas desmoronado o aprisco da garantia? Não podemos concebê-lo.

Entre nós fôra ridiculo argumentar com a inculcada *tyrannia judicial*. Os habitos e tendencias dos nossos tribunaes sempre menos severos que benevolos, mais tibios em defender as proprias attribuições que tentados a invadir as attribuições alheias, tornam futeis semelhantes apprehensões.

É possível, não ha duvida, que um ou outro magistrado judicial exorbitando do seu dever invada as attribuições administrativas ou pronuncie sem provas um agente do governo. Estes erros, ou abusos são faceis de reparar. Para corrigir o primeiro estão prescriptos os meios na legislação geral sobre *conflictos*¹; para emendar o segundo ha além dos remedios ordinarios, dos recursos,² da acção de

¹ Decreto de 9 de Janeiro de 1850 art. 103.º e seguintes.

² Ref Jud. artigos 995.º e seguintes.

perdas e danos,¹ e do processo criminal,² os meios extraordinarios de que o governo pode lançar mão nos casos de maior monta: a transferencia por conveniencia do serviço³, e a aposentação forçada⁴.

Se, como nos parece haver provado, as rasões em que se funda o systema da garantia não resistem a um exame reflectido é certo por outro lado que os seus proprios partidarios lhe reconhecem perigos e defeitos impossiveis de remover.

«Esta disposição privativa da nossa legislação, «diz Batbie» referindo-se ao artigo 75.º da Constituição do anno VIII, constitue uma offensa tão «notavel ao direito commum, que mais convém «restringil-a que amplial-a.»

Colmeiro, depois de haver reproduzido os argumentos dos publicistas francezes que defendem a garantia, vê-se forçado a accrescentar o seguinte: «Se não houver descrição e prudencia no uso d'este «direito por certo que nem a lei será guardada, «nem satisfeita a justiça, nem terão os cidadãos «amparo algum contra os abusos da *omnipotencia*

¹ Ref. Jud. artigos 1241.º e seguintes.

² Cod. Pen. artigo 284.º e Ref. Jud. artigos 1236.º e seguintes.

³ Lei de 18 de Agosto de 1848 art. 1.º

⁴ Lei de 21 de Julho de 1855 art. 1.º § 2.º

⁵ Traité de Droit Public. et Adm. n. 271.

«dos ministros e dos delegados do seu poder infinito.»

Vivien, o mais esforçado campeão da garantia na discussão de 1835¹, não duvidou ultimamente na 3.^a edição dos seus «*Estudos Administrativos*» reconhecê-la como desnecessaria e perigosa: desnecessaria porque os tribunaes actuaes do seu paiz, são os primeiros a respeitar as prerogativas da administração e só podem causar receios a quem procure calcar aos pés os direitos individuaes: perigosa porque permite ao governo subtrahir á jurisdicção dos tribunaes exactamente as questões em que a independencia judicial mais util pode ser aos cidadãos².

Dufour vae mais longe ainda: «Não tentamos «dissimular, diz elle, que este systema deixa na realidade os cidadãos á mercê da administração.»

Eis aqui a mais formal condemnação da garantia fulminada pelos seus proprios defensores.

Inventem-se rasões d'interesse publico, torture-se o principio constitucional da divisão e independencia dos poderes; multipliquem-se regras e preceitos no intuito de lhe attenuar na prática defeitos essenciaes o systema da prévia auctori-

¹ Derecho Administrativo Español n. 155.

² Vid pag. 44

³ Études Adm. pag. 28 da edição de 1859.

⁴ Traité du Droit Adm. Tom. 6 n. 419.

sação, virá sempre naufragar n'este escólho ineluctavel: a subordinação de todos os direitos e garantias ao arbitrio ministerial.

«São illusorias as leis protectoras da liberdade, «toda a vez que o governo ou seus agentes as «podem violar impunemente¹.»

¹ Toullier. Droit Civil Franc. n. 216.

V

Quem se afasta da estrada recta e franca dos principios pelos desvios das excepções mais ou menos especiosas vae de ordinario enredar-se n'um labyrintho inextricavel de difficuldades, incoherencias e contradicções. Foi esta a sorte que coube aos partidarios da *auctorisação prévia*. Reconhecendo os dogmas fundamentaes da divisão dos poderes publicos, e da igualdade dos cidadãos perante a lei, pareceu-lhes justificada uma excepção, que torna dependente a acção de um d'esses poderes do beneplacito do outro, toda a vez que a lei geral póde attingir algum dos seus agentes; e, buscando defender esta violação flagrante dos principios ca-

pitaes do governo representativo, inculcaram como facil o distinguir d'entre os actos praticados pelos funcionarios administrativos os que teem relação com as suas funcções, dos que são puramente pessoas, para applicar aos primeiros o favor da garantia, e abandonar os segundos á apreciação dos juizes. Assentaram como regra que a garantia protege a funcção, e não a pessoa do funcionario; mas, descendo a precisar a natureza e caracteres dos actos relativos ás funcções officiaes, affundiram-se n'um pólago de indicações desvairadas, insufficientes, contradictorias. São n'esta parte quasi tantas as opiniões como os escriptores que se occupam do assumpto.

Mangin considera *actos relativos ás funcções* «aquelles que só podem emanar de um funcionario publico» isto é, que um simples particular não poderia praticar¹. É combatido por outros, a quem parece sufficiente que o acto tenha *alguma relação* com as funcções do empregado.

Faustin Helie, que tambem trata de erronea a opinião de *Mangin*, assenta «que o verdadeiro caracter dos actos de que se trata é que elles constituaem um *abuso* das funcções, um emprego *ille-*

¹ Action. publ. t. II. n.º 258.

«gal ou fraudulento do poder delegado ao funcionario 1.

Foucart é de opinião que se devem tomar como relativos ás funcções officiaes «só os actos que «prendem no exercicio d'ellas, e importam *uso* da «auctoridade confiada ao funcionario 2.»

Trolley julga indifferente que os actos se liguem ao *exercicio das funcções*, ao *cargo*, ao *uso*, ao *abuso*, ao *excesso da auctoridade* do agente 3.

Dufour diz que se deve ter em vista, «que não «é sómente o *uso*, por opposição ao *abuso*, mas o «*exercicio* do poder, seja elle qual fôr, que a garantia protege 4.

Por outro lado *Chauveau Adolphe* entende que a autorisação só é precisa «nos casos em que o agente *abusou* da sua auctoridade, porque no uso regular d'ella não cabe acção pessoal contra o funcionario 5.

Cabantous 6, e *Dalloz* 7 sustentam que a garantia protege todos os actos praticados no *exercicio*, ou por *ocasião* do *exercicio das funcções do agente*, ex-

1 Just. Crim. t. III, pag. 403.

2 Éléments de Droit Publ. et adm. t. I, n.º 176.

3 Traité de le hiérarchie adm. t. V, n.º 2404.

4 Traité Général de Droit adm. t. VI, n.º 422.

5 Code de Instr. adm. t. II, n.º 1241.

6 Répétit. Ecrites sur le Droit publ. et adm. n.º 756.

7 Répert. de législ. v. mise en jugem. n.º 148.

tendendo-a o segundo ainda aos *delictos communs* dada aquella circumstancia.

Pelo contrario *Batbie* affirma que é indispensavel que entre as *funcções* e o *facto* existam relações de *dependencia* e *connexão*, sem o que não tem logar a *garantia*, ainda que o *facto* seja praticado durante o *exercicio das funcções*.

Finalmente o *Tribunal de cassação* tem sustentado em muitas decisões a necessidade de auctorisação, toda a vez que se trata de um *delicto* commettido pelo funcionario no acto de exercer as suas *funcções*, ainda que o *delicto* em si nenhuma relação tenha com ellas.

Deixamos aos defensores do systema a gloriosa tarefa de conciliar entre si estas auctoridades.

Nem a grande illustração dos tribunaes, nem os esforços de eminentes publicistas e jurisconsultos, nem uma alluvião prodigiosa de decisões motivadas¹, quer do Conselho de Estado, quer do *Tribunal de cassação*, conseguiram até hoje fixar a jurisprudencia sobre este ponto gravissimo no proprio paiz, em que ha tres quartos de seculo se pratica o systema da *garantia*. Não admira que entre

¹ Segundo o relatorio do Conselho de Estado publicado em 30 de março de 1862 houve no periodo de 9 annos, de 1850 a 1860, em materia crime 219 recusadas, e 136 concessões de licença: em materia civil 20 pedidos por anno quasi todos desattendidos. Vide Ducrocq — Cours de Droit Adm. n.º 176.

nós, onde não ha um só livro que se occupe d'este assumpto; onde não é consultada a opinião do Conselho de Estado, nem estes negocios chegam ao Supremo Tribunal de Justiça; onde ficam em segredo as decisões do governo; onde emfim não existe uma só norma ou preceito que regule a applicação da garantia ás hypotheses occorrentes, não admira, dizemos, que entre nós n'este objecto tudo seja incerteza e confusão. Impera desassombrado o arbitrario ministerial¹.

O Codigo Administrativo, limitando-se a traduzir a phrase do art. 75.º da Constituição do anno VIII «por factos relativos ás suas funcções», deu margem larga ás incertezas em que se perdem, como vimos, os interpretes do original. Que factos pois serão esses a que o Codigo destina a protecção da garantia? A confrontação do art. 357.º com o art. 356.º do mesmo Codigo leva-nos a acreditar que o primeiro se refere unicamente aos factos que constituem *abuso* das funcções administrativas. Os que não são mais que o *uso* das alludidas funcções estão evidentemente garantidos pelo art. 356.º que diz assim: «Nenhum magistrado ou funcionario

¹ Damos aqui testemunho de que todos os ministros com quem havemos servido, desde 1859, tem usado com grande parcimonia do direito estabelecido no art. 357.º do Cod. Adm. — De 120 licenças pedidas n'estes sete annos não chega a 20 o numero das recusadas.

«administrativo pode ser perturbado no exercicio «das suas funcções pela auctoridade judicial nem «por qualquer outra.» Os meios praticos de assegurar a execução d'esta providencia estão marcados no Regulamento do Conselho de Estado, de 9 de Janeiro de 1850, na parte que diz respeito ao levantamento e processo dos *conflictos de jurisdicção e competencia* entre as auctoridades judiciaes e administrativas. Se pois os actos legitimos d'estas ultimas, os que constituem o *exercicio* das suas funcções, estão d'esta fórma vedados ao julgamento da auctoridade judicial, é obvio que a disposição do art. 357.º só pode comprehender os factos que importam *abuso* ou *excesso* do poder confiado ao funcionario. O pensamento do Codigo foi, em nossa opinião, o seguinte: manter a independencia da auctoridade administrativa quanto aos actos *regulares e legitimos* deixando a apreciação d'elles á propria administração; proteger os funcionarios quanto aos actos *illegaes e abusivos*, que podem dar logar a que esses funcionarios sejam *demandados civil ou criminalmente*, tornando o processo dependente da licença do governo. Entendido d'este modo o art. 357.º os processos em que pode recair a auctorisação do governo são sómente os que se fundam em *factos relativos ás funcções* officiaes pele *abuso* que d'ellas fez o funcionario. É esta, segundo vimos ha

pouco, a intelligencia que a maior parte dos auctores citados dão ao texto original de que o Codigo é versão. Assim pois ou o funcionario *usou* ou *abusou* das suas funcções: se *usou* não pode ser *demandado*; se *abusou*, exorbitando das suas attribuições, o acto que praticou não é *acto administrativo*, mas simplesmente *pessoal*. No primeiro caso é escusada a garantia; no segundo é inadmissivel segundo a propria doutrina dos que a defendem.

Não cremos pois na verdade pratica do apregoado aphorismo de que a garantia não protege o *funcionario* mas tão sómente a *funcção*, subtileza talvez escogitada no intuito de tornar menos odioso este systema.

O protegido é sempre o funcionario.

VI

Os termos vagos em que está formulada a disposição do art. 357.º do Código Administrativo, e a falta de um regulamento adequado á sua execução aggravam-lhe na pratica os inconvenientes. Não podem ser demandados sem prévia auctorisação os *magistrados* ou *funcionarios*. Mas que empregados devem considerar-se contemplados n'esta designação generica? Abrangerá ella sómente os funcionarios que o Código comprehende na sua organização administrativa¹, ou deverá estender-se a *todos os empregados* administrativos, e ainda mesmo aos fiscaes, como parece resultar da letra do

¹ Opinião do P. G. do C. Ottolini na consulta de 24 de Janeiro de 1854.

art. 9.º § unico da lei de 13 de Julho de 1848, e dos artigos 301.º § 3.º e 302.º § 1.º do Codigo Penal? Quando seja preferivel a primeira opinião quem deverá ainda assim ser considerado *funcionario administrativo* para o effeito de gosar da garantia? Não temos lei que o declare; pende tudo do arbitrio do governo!

Dir-se-ha que a interpretação d'este logar do Codigo deve ser determinada pelos principios geraes de direito administrativo, segundo os quaes são considerados funcionarios administrativos sómente os que exercem uma parte da auctoridade publica no serviço da administração, e sob a direcção mediata ou immediata do governo.¹ Não cremos na efficacia do recurso.

Dever-se-hão, por exemplo, reputar *funcionarios administrativos*, e como taes escudados com a garantia, os secretarios geraes dos governos civis, os escrivães das administrações de concelho ou bairro, os regedores, e cabos de policia?

Pelo que respeita aos secretarios geraes e escrivães das administrações é innegavel que elles não exercem auctoridade alguma; e todavia o governo entendeu quanto aos segundos que lhes cabe

¹ Dufour. Tom. vi n.º 425 e seguintes. Bathie Droit Pub. et Adm. Tom. iii n.º 273. Cabantous n.º 794. Trolley n.º 2399.

a garantia.¹ As razões da decisão dão-se egualmente nos primeiros.

É também fóra de duvida que os regedores não desempenham, em regra, funcções proprias, senão funcções *delegadas por commissão expressa do administrador do concelho com prévia auctorisação do Governador Civil*;² apesar d'isso o governo, tendo antes declarado que a estes empregados não competia o privilegio doCodigo³, adoptou posteriormente, e tem seguido até hoje a opinião contraria sem fazer distincção alguma entre funcções *delegadas e proprias*.⁴

Finalmente quanto aos cabos de policia ainda que lhes não pertençam funcções, nem acção proprias, mas sómente a execução das ordens superiores como meros agentes da auctoridade publica, está assentado pelo governo que tambem lhes aproveita a garantia.⁵

Eis aqui como os principios tem sido respeitad.

São concordes ainda os mais ferrenhos partidarios dos fóros administrativos na doutrina de que

¹ Portaria de 5 de Fevereiro de 1844.

² Cod. Adm. art. 341.º

³ Portaria de 27 de Setembro de 1842.

⁴ Officio do Ministro do Reino ao da Justiça de 12 de Dezembro de 1842.

⁵ Portaria de 6 de Dezembro de 1858.

antes deve restringir-se do que ampliar-se o alcance da garantia. Entre nós tem-se entendido e praticado o contrario. Este odioso privilegio que ao principio se extendia a um pequeno numero de empregados, serve actualmente de escudo a perto de *cento e cincoenta mil* !¹ Pode este escandalo continuar n'um paiz, cuja lei fundamental estabelece como garantia da inviolabilidade dos direitos civis e politicos a *effectiva responsabilidade dos empregados publicos*? Não devemos acreditar-o.

Ha n'este logar do Codigo Administrativo ainda outras omissões de não menor importancia. Nem se diz se a garantia dura só em quanto dura o exercicio do cargo, nem quaes sejam os effeitos da negação da licença: são lacunas do original francez que o traductor não suppriu.

¹ Eis a lista dos actuaes *irresponsaveis*.

Governadores Civis e Secretarios Geraes (Cod. Adm. art. 357.º	
e Portaria de 5 de Fevereiro de 1844)	42
Administradores de Concelho e Escrivães (idem, idem.)	600
Regedores, aproximadamente.	3:800
Cabos de policia, idem (Portaria de 6 de Dezembro de 1858)	133:800
Escrivães de Fazenda e escripturarios, (Portaria de 23 de Abril	
de 1863) pelo menos	646
Recebedores de Comarca (dita Portaria)	144
Empregados do serviço interno e externo das Alfandegas (Decreto de 7 de Dezembro de 1864, art. 65.º)	2:927
Engenheiros directores dos trabalhos e construcções do Estado (Decreto de 31 de Dezembro de 1864, art. 33.º)	18
	<hr/>
	141:977

É opinião geral que os factos praticados durante o exercicio do emprego permanecem sob o escudo protector da *prévia auctorisação*, ainda depois de demittido o funcionario que os praticara. Basea-se esta doutrina no já citado aphorismo — que a garantia protege o acto e não o individuo. — Não prima certamente o edificio pela solidez do alicerce. Insiste-se em que os tribunaes *nunca* devem conhecer dos *actos administrativos*, cuja origem e natureza não muda pela exoneração do funcionario¹; mas, como em outro logar advertimos, não se devem qualificar como *actos administrativos* os que, excedendo os limites da *administração*, constituem *abuso das funções* confiadas aos seus agentes, e são esses precisamente os actos de que os tribunaes conhecem, confrontando-os com a legislação penal.

Mais ainda. Apresentada em França esta questão ao Conselho de Estado, a fim de *interpretar authenticamente*, como então lhe competia, o art. 75.º da Constituição consular, foi por elle declarado em Aviso de 16 de Março de 1807 «*que era contrario ao espirito da constituição e aos interesses do governo suppor, que individuos que se tornaram estranhos á administração podessem reclamar um privilegio que só fôra concedido aos*

¹ Trolley. *Traité de la Hiérarchie Adm.* Tom. v. n.º 2403 e muitos outros auctores já citados.

«funcionarios publicos, cuja cessação de funcções
«e de cooperação no movimento administrativo,
«poderia paralyzar-lhe a acção.»

O Tribunal de *cassação* seguiu a mesma doutrina em repetidos accordãos¹; nem outra coisa lhe era permittido como executor da lei.

Foi esta jurisprudencia invariavelmente seguida até 1836; d'onde resulta, que ao tempo da introdução da garantia no nosso paiz, era aquella a verdadeira e legal intelligencia da legislação franceza n'este ponto. É por isso de suppor que o esclarecido auctor do Decreto de 18 de Julho de 1835 se conformasse com ella, entendendo o privilegio, que adoptara, como sómente applicavel durante o exercicio das funcções.

O Codigo Administrativo guardando, n'esta especie um silencio indesculpavel, deixou ao arbitrio do governo a escolha entre uma e outra doutrina.

Tambem se não definiram os effeitos da recusa da licença em relação ao funcionario; mas o poder executivo, julgando-se auctorizado a encher esta lacuna, não duvidou declarar, na portaria de 15 de Novembro de 1844, que recusada a licença se deve dar baixa na culpa ao funcionario pronunciado! Este preceito, inconciliavel com as prescripções

¹ De 13 de Setembro de 1816 — 28 de Setembro de 1821, de 15 de Julho de 1823, de 23 de Março de 1827, etc.

do Código Penal quanto á *extinção dos crimes e penas*, e com a lei do processo, não tem sido invariavelmente observado pelos juizes, a quem de nenhum modo obriga. Não ha muito que um funcionario pronunciado pediu debalde a sua applicação, recorrendo inutilmente até ao Supremo Tribunal de Justiça. Agora de duas uma: ou o governo tem de recuar ante a decisão judicial, concedendo a licença recusada, e acabou-se a garantia, ou aquelle funcionario ficará perpetuamente inscripto nos registos criminaes, e privado do exercicio de importantissimos direitos!

VII

Dissemos n'outro logar que a importação sub-repticia e inconsiderada do systema de que nos occupamos veio n'este paiz multiplicar-lhe os graves inconvenientes que fóra d'elle já tinha. Provamos agora o dito.

Pela Constituição do anno VIII, que estabeleceu definitivamente em França aquelle systema, o uso da garantia dependia essencialmente da *decisão* affirmativa do Conselho d'Estado. Os fins a que esta instituição se dizia conducente, e a gravidade e importancia da sua applicação pratica aconselhavam sem duvida a intervenção d'um voto esclarecido e independente, e como tal foi tomado o d'esse corpo politico, que pela sua illustração,

pela eminencia do logar que occupava junto ao chefe do poder executivo, e finalmente pela qualidade de *collaborador official* do poder legislativo offerecia plausiveis seguranças de acerto, e imparcialidade.

A mudança das instituições politicas alterando posteriormente a natureza e attribuições do Conselho d'Estado converteu em simples consultas as suas deliberações; mas o seu voto auctorizado nunca deixou de ser ouvido e considerado como solemnidade impreterivel.

Não foi seguido este exemplo pelos nossos legisladores. Pareceu mais acertado, ou simplesmente mais commodo, confiar tudo ao governo. Cançara-se Vivien na sessão de 25 de Março de 1835 em sustentar que a auctorisação devia ser concedida *sómente por um poder imparcial e firme, e na conformidade de regras estabelecidas*. Mal adivinhava elle o desengano solemne que lhe estava reservado n'este ditoso paiz, onde alguns mezes depois se descobrio, que nos pleitos arriscados o meio mais efficaz de obter justiça inteira é fazer juiz a parte.

A Hespanha imitou com mais cordura a legislação franceza. Eis como alli se procede nos casos de que tratamos. Concluida a indagação judicial dos factos, ouvido o ministerio publico e o supe-

rior immediato do funcionario arguido, é remetido o processo ao Conselho d'Estado, que reunidas as secções do reino e da justiça apresenta em trinta dias a consulta motivada. No praso de vinte dias, contados da data d'esta, profere o governo a sua resolução, e se o não faz n'este tempo entende-se concedida a auctorisação, e o processo continúa nos tribunaes.¹ A decisão do governo, motivada quando nega a auctorisação, é publicada na folha official. Pareceram indispensaveis todos estes elementos de informação, todas estas providencias tendentes a assegurar a justiça e brevidade da resolução, para logo submettida ao julgamento do publico como acto ministerial de grande alcance e responsabilidade. Entre nós, pela mais deploravel aberração dos principios liberaes, quando se trata do exercicio de uma exorbitantissima faculdade do poder executivo é lei suprema o arbitrio, razão cabal a vontade, defeza honrosa o silencio!

¹ *Reaes ordens* de 5 de Setembro de 1845, e 25 de Maio de 1857, e Decretos de 27 de Março de 1850, e 29 de Abril de 1857.

VIII

Somos chegados ao termo d'este imperfeito trabalho, segundo os apertados limites que nos impozemos, e que as obrigações do cargo que occupamos, nos não consentem transpôr. Se a escacez do tempo de que dispomos nos impedió mais ampla discussão das variadas questões, que uma longa e detida analyse do systema que impugnamos, a cada passo levanta, supponmos todavia ter exposto as mais importantes d'ellas e apresentado, ainda que succintamente, rasões que tornam plausivel a opinião que seguimos. Concluiremos do expellido :

- 1.º Que o privilegio do art. 357.º do Codigo Administrativo *illegalmente* importado do paiz em

*

que fôra estabelecido por causas especiaes, e *ad odium* d'instituições e entidades que entre nós nunca existiram, não tem aqui rasão de ser, nem pode çonciliar-se com os principios em que assenta a Constituição do Estado.

- 2.º Que a desejada separação e independencia da auctoridade administrativa em relação ao poder judicial está sobejamente affiançada pela disposição do art. 356.º do mesmo Codigo, e pelo meio efficaz do levantamento dos conflictos, que habilita a mesma auctoridade a reivindicar o conhecimento dos negocios da sua competencia quer sejam contenciosos, quer de pura administração, de que o poder judicial se pretenda apropriar.
- 3.º Que o referido privilegio, além de inconstitucional, e desnecessario, é altamente perigoso pondo em risco permanente os direitos mais sagrados, e animando com a esperança da impunidade as demasias d'aquelles que pela sua posição official mais gravemente os podem violar.
- 4.º Que finalmente a falta absoluta de preceitos definidos, que regulem a applicação da garantia, deixa entregue ao puro arbitrio do governo a solução das questões, em que mais podem soffrer as liberdades publicas.

Não negamos que alguns d'estes inconvenientes possam ser attenuados por meio de providencias adequadas á melhor execução da lei vigente na especie que nos occupa; mas não ha mais que um meio indefectivel de os vencer completamente. Restrinja-se muito embora a poucos a excepção da lei commum; subordine-se a sua applicação ao voto mais auctorizado; invente-se um processo minucioso d'instrucção e julgamento d'estes pleitos especiaes, será tudo insufficiente.

A offensa dos principios constitucionaes, os perigos da liberdade, todos os vicios congenitos e incorrigiveis d'esta mal assombrada instituição só podem morrer com ella. Se ha trinta annos seguimos um máu exemplo sigamos agora os bons.

Os belgas não julgaram segura a liberdade em quanto não inscreveram na sua Constituição a proscripção da garantia.

A Prussia fez outro tanto em 1850.

Na Inglaterra a responsabilidade dos funcionarios publicos é directa e pessoal. Receiam menos do governo, que dos particulares que os podem livremente demandar; e nem por isso a administração ingleza soffre o menor embaraço na sua marcha benefica.

Succede o mesmo nos Estados Unidos, onde Tocqueville affirma nunca pode fazer comprehen-

der o systema da prévia auctorisação. Tomavam por inacreditaveis monstruosidades;—que o governo depois de ter praticado uma violencia, uma iniquidade, um crime, por intermedio dos seus agentes gosasse da faculdade de lhe impedir o castigo;— que o cidadão opprimido fosse obrigado a implorar do oppressor licença para obter justiça¹.

Entre nós está feita a experiencia. Ha mais de quatorze annos que o privilegio doCodigo deixou de proteger os funcionarios demandados por crimes eleitoraes². Aboliu-se ha sete annos a multa em que incorria o accusador no caso de absolvição do accusado³, e não veio d'ahi, que nós saibamos, transtorno á administração, nem vexame aos seus agentes.

Ora pois, se nas pugnas eleitoraes, que são incontestavelmente aquellas que mais despeitos motivam, que maiores odios accendem, que mais vinganças provocam, ficaram os funcionarios administrativos, caudilhos n'estas refregas, privados do forte escudo que os tornava invulneraveis, porque lhes será elle indispensavel no desempenho ordinario das suas funcções pacificas?

¹ De la Démocratie en Amérique chap. vi in fin.

² Do reto de 30 de Setembro de 1852 art. 129.º

³ Lei de 23 de Novembro de 1859 art. 39.º

Não cremos que a abolição d'esse privilegio multiplique os processos judiciaes contra os que elle hoje protege. É d'esperar pelo contrario que os torne extremamente raros como de feito o são hoje os processos por crimes eleitoraes. No momento em que os funcionarios administrativos se convencerem de que a responsabilidade de seus actos deixou de ser letra morta na Constituição do Estado tornar-se-hão mais cuidadosos e circumpetos no estudo e cumprimento de seus deveres. É esta a nossa convicção; mas se houvesse plausivel fundamento para receiar que a extinção da garantia deixasse expostos os funcionarios a perseguições injustas, outros meios haveria de as tornar inefficazes. Bastaria commetter o preparo e julgamento d'estas causas á exclusiva competencia do juiz de direito proprietario da respectiva comarca e no seu impedimento ao da mais proxima, subtrahindo-as d'este modo á apreciação de juizes ordinariamente leigos; estatuir que os despachos de pronuncia não produzissem effeito algum sem terem sido confirmados na segunda instancia, ouvidos os funcionarios indiciados; determinar finalmente um praso curto para a prescripção segundo a gravidade dos factos arguidos.

É innegavel que estas providencias constituiriam lei especial; mas ao menos seriam applica-

das pelo poder competente segundo a Constituição.

O que não pode manter-se sem offensa da lei fundamental é a iniqua, absurda, perigosa e desnecessaria interferencia do governo em assumptos da exclusiva competencia do poder judicial.

Proscreeva-se pois que é tempo essa estranha anomalia, e lucrarão com esta providencia a força da auctoridade, a honra dos funcionarios, o credito do governo, e o bem estar dos governados.

FIM